

Décima Quinta Câmara Cível
Apelação Cível nº 0031079 - 09.2011.8.19.0001 - Capital
Apelante 1: B2W Companhia Global do Varejo
Apelante 2: Ministério Público
Apelados: os mesmos

Relator: Desembargador Sergio Lucio de Oliveira e Cruz

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA.
LEGITIMIDADE AD CAUSAM ATIVA DO
MINISTÉRIO PÚBLICO.**

Matéria que se encontra sob o manto da coisa julgada, diante do acórdão proferido por esta Câmara em agravo de instrumento, não podendo ser mais aqui discutida. O Recurso Especial interposto pela primeira apelante, versando a questão, deve ser julgado pelo tribunal competente. Não conhecimento da questão prévia.

Inocorrência de sentença *extra petita*.

Possibilidade de condenação por danos morais e materiais causados aos consumidores, tendo a sentença corretamente condicionado à comprovação, por esses, de sua ocorrência.

Dano moral coletivo inexistente, por isso que só se torna reparável perante um direito transindividual (difuso ou coletivo), e não diante de um direito individual, ainda que homogêneo. Aqui o dano é personalizado, posto ser perfeitamente atribuível a consumidores específicos e determinados.

Sendo impossível que, diante da enorme quantidade de produtos vendidos, deixe de ocorrer atrasos pontuais, não pode permanecer a condenação a abster-se a recorrente de comercializar produtos através do *site* www.americanas.com, até que todas as entregas não procedidas dentro do prazo es-

tipulado fossem cumpridas, sob pena de multa diária.

Multa. Valor fixado razoável, não merecendo reforma. As *astrientes* não estão sujeitas a limites próprios da multa administrativa, prevista na lei estadual. Inocorrência de violação às Leis estaduais n.ºs 3.669/01 e 3.735/01.

Rejeição do agravo retido, provimento parcial do primeiro apelo e desprovimento do segundo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível n.º 0031079 - 09.2011.8.19.0001 - Capital, em que são Apelante **1 B2W Companhia Global do Varejo**, Apelante 2 **Ministério Público** e Apelados **os mesmos**,

A C O R D A M os Desembargadores que compõem a Egrégia Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em desprover o agravo retido, dar parcial provimento ao primeiro apelo, para decotar da sentença a condenação da recorrente a abster-se de comercializar produtos através do *site* www.americanas.com, até que todas as entregas não procedidas dentro do prazo estipulado fossem cumpridas, sob pena de multa diária de R\$100.000,00, e se nega provimento ao segundo.

Trata-se de ação de ação civil pública proposta pelo segundo apelante contra a primeira recorrente, dizendo que a mesma atua no setor de varejo eletrônico, através do *site* www.americanas.com, e não entrega os produtos adquiridos pelos consumidores no prazo contratado, utilizando prazo fictício, além de deles exigir o prévio preenchimento de um formulário, com dados pessoais, para obtenção do prazo de entrega dos produtos a serem comercializados.

Sustentou que no *site* de reclamações *on line* (<http://www.reclameaqui.com.br/>) a empresa Americanas atingiu o volume de 23.696 (vinte e três mil, seiscentos e noventa e seis) reclamações e que só disponibiliza o valor do frete e do prazo de entrega, mediante inclusão do número do CEP onde se procederá a entrega, e que mesmo após inserir o CEP no espaço indicado, o consumidor tem acesso ao valor do frete. Assim, para saber o prazo de entrega do produto escolhido, torna-se necessário preencher um cadastro com seus dados pessoais, tais como nome, CPF, data de nascimento e telefone.

Afirmou, ainda, o Ministério Público que tal exigência é injustificada, pois esses dados em nada alteram a previsão de entrega dos produtos comercializados.

Alegou que a primeira apelante, ao comercializar os seus produtos, o faz de forma irregular, já que desrespeita, reiteradamente, os prazos de entrega oferecidos ao consumidor, violando o princípio da boa-fé objetiva, bem como não atua de forma transparente no fornecimento de produtos e serviços, traduzindo-se, assim, em propaganda enganosa ou abusiva e que induz o consumidor a erro, pois acredita que os produtos serão entregues no prazo indicado no *site*, que geralmente são menores que os observados pela concorrência, o que, na prática, não ocorre.

Argumentou, ainda, que é negado o pedido de reembolso ao consumidor e cancelamento do serviço, assim como é inegável o desrespeito à lei consumerista, visto que o fornecedor não oferece opções de compensação pelos prejuízos decorrente da má prestação de seus serviços, ensejando a ocorrência de dano moral em seu caráter dúplice e, ainda, que caberia ser responsabilizada por dano moral coletivo, pois esse atingiria o objetivo de uma função punitiva, em virtude da violação de direitos difusos e coletivos.

Requeru, liminarmente, a suspensão das vendas da empresa primeira apelante, até que todas as entregas não procedidas no prazo estipulado fossem efetivadas, bem como que a “americanas.com” veicule, em todas as ofertas do *site*, o prazo preciso de entrega dos produtos, mediante informação apenas do CEP de entrega e não mais vinculado à dados cadastrais, sob pena de multa diária.

No mérito, requereu a condenação da empresa a abster-se de comercializar produtos através do *site* www.americanas.com, até que todas as entregas não procedidas dentro do prazo estipulado fossem efetivadas; a veicular, em todas as ofertas do *site*, o prazo preciso de entrega dos produtos, mediante a informação apenas do CEP de entrega, abstendo-se de exigir, previamente, o preenchimento de qualquer cadastro ou fornecimento de outras informações pessoais do consumidor; a estabelecer e respeitar prazo preciso para as entregas dos produtos aos consumidores; que fosse condenada a ré a indenizar, de forma mais ampla e completa possível, os danos materiais e morais causados aos consumidores, individualmente considerados, bem como em sentido coletivo, esse no valor mínimo de R\$3.000.000,00 (três milhões de reais), a publicar, às suas custas, em dois jornais de grande circulação de todas as capitais do país, a parte dispositiva de eventual sentença condenatória, a fim de que os consumidores dela tomem ciência, para exercício de seus direitos individuais, sob pena de multa diária de R\$10.000,00 (dez mil reais), corrigidos monetariamente; e publicar os editais a que se refere o artigo 94 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, além de arcar com os ônus da sucumbência.

Decisão à fls. 23, deferindo, em parte, antecipação da tutela, no sentido de obrigar a demandada a veicular, em todas as ofertas constantes de seu *site*, o prazo preciso de entrega dos produtos, mediante o fornecimento unicamente do número do código de endereçamento postal para entrega, e não mais de prévio preenchimento de cadastro, contendo informações pessoais do consumidor, bem como determinando que respeite o prazo contratado para entrega dos produtos

aos consumidores, sob pena de multa de R\$500,00 (quinhentos reais) por cada violação, revertendo-se o valor ao fundo previsto no artigo 13 da Lei nº 7.347/85.

O Ministério Público, segundo apelante, interpôs agravo de instrumento, tendo em vista que, das três pretensões, somente duas haviam sido deferidas, alegando que a decisão parcial não conferiu proteção suficiente aos direitos dos consumidores e que deveria ser determinada a suspensão das vendas pelo *site* www.americanas.com, até que ficasse demonstrado que os prazos de entrega prometidos já estavam sendo cumpridos, bem como deveria ter sido determinado multa diária, como medida coercitiva mais eficiente.

Às fls. 225/9, foi noticiada a decisão desta Câmara, deferindo a antecipação dos efeitos recursais pleiteada, sendo determinada a suspensão da venda de qualquer produto através do *site* www.americanas.com no Estado do Rio de Janeiro, a partir da intimação da agravada da decisão, até que todas as entregas fossem procedidas e realizadas, sob pena de multa diária de R\$20.000,00 (vinte mil reais), mantendo-se, no mais a decisão de primeiro grau.

Citada, a primeira apelante, ofertou peça de bloqueio, às fls. 232 e ss., aduzindo que as reclamações apresentadas pelo Ministério Público se referem a fatos isolados, absolutamente insignificantes, se confrontados ao número de vendas realizadas, o que, por si só, já caracterizaria a ilegitimidade ativa do Ministério Público, visto que não se trataria de direitos individuais homogêneos, e sim de interesses individuais heterogêneos.

Argumentou que a sentença seria inútil aos consumidores, pela necessidade de apuração de cada situação fática isolada, bem como as reclamações no *site* “reclame aqui” não fariam distinção entre “americanas.com” e “Lojas Americanas”, e muitas reclamações não teriam ligação direta com o objeto da demanda.

Afirmou que os atrasos seriam decorrentes da crise dos Correios e da dificuldade das empresas privadas cumprirem com as entregas de todas as encomendas, bem como, de um alagamento, em janeiro de 2011, no seu maior centro de distribuição, localizado em Barueri (cópias às fls. 334 a 362).

Em relação à condenação ao pagamento de reparação por danos morais coletivos, sustentou não poder ser aceita, pois se confrontaria com a natureza jurídica dos direitos transindividuais.

O Ministério Público, às fls. 468/71, pugnou pela incidência da multa prevista na decisão liminar de fls. 23, com o bloqueio de R\$441.500,00 (quatrocentos e quarenta e um mil e quinhentos reais), valor referente a 883 descumprimentos àquela decisão, (conforme planilha de fls. 471), bem como juntou novas reclamações (fls. 473 a 494) acerca da ausência de entrega dos produtos adquiridos na empresa ré.

À fls. 472, a primeira apelante juntou declaração de seu diretor de operações, informando que, do total de vendas do mês de janeiro de 2011, o percentual de 93,75% foi entregue aos consumidores dentro do prazo prometido.

Decisão às fls. 503/9, indeferindo a produção de prova pericial.

Às fls. 511/27, a primeira apelante interpôs agravo retido, objetivando o reconhecimento da ilegitimidade ativa e a falta de interesse processual do Ministério Público, e, sucessivamente, para que fosse reformada a decisão, quanto ao indeferimento da prova pericial.

Às fls. 615/28, a primeira apelante buscou demonstrar que houve melhora no padrão de atendimento ao consumidor.

Sentença às fls. 629/644, julgando procedente, em parte, o pedido para condenar a primeira apelante a:

a) abster-se de comercializar produtos através do *site* www.americanas.com, até que todas as entregas não procedidas dentro do prazo estipulado fossem cumpridas, sob pena de multa diária de R\$100.000,00;

b) veicular, em todas as ofertas do *site*, o prazo exato de entrega dos produtos, mediante informação apenas do CEP de entrega, abstenendo-se de exigir prévio preenchimento de cadastro ou informação pessoal do consumidor, sob pena de multa diária de R\$100.000,00;

c) indenizar os danos materiais e morais causados aos consumidores, individualmente considerados, em consequência da responsabilidade da empresa ré reconhecida na sentença, na forma dos artigos 95 e 97 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, devendo cada consumidor proceder a liquidação do julgado, provando que se encontram na situação amparada pela sentença, além do dano sofrido, e o seu montante;

d) publicar, às suas custas, em dois jornais de grande circulação no Estado do Rio de Janeiro, a parte dispositiva da sentença, a fim de que os consumidores dela tomem ciência, para exercício de seus direitos, sob pena de multa diária de R\$10.000,00.

Tornou, assim, definitiva a tutela antecipada, nos termos da decisão proferida por esta Câmara, facultando ao Ministério Público apresentar memória de cálculo referente à multa por eventual descumprimento da decisão antecipatória, para fim de execução, impondo, ainda, a

condenação ao pagamento das custas e honorários advocatícios, fixados em R\$50.000,00, a serem revertidos para o Fundo a que se refere o artigo 13 da Lei nº 7.347/85.

Decisão às fls. 647/55, proferida pela Terceira Vice Presidência, concedendo, em ação cautelar que visava atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial, esse efeito.

Embargos de declaração da primeira apelante às fls. 658/69, rejeitados pela decisão de fls. 677/8.

Sobreveio o primeiro apelo, às fls. 684/718, reiterando o agravo retido, pelo reconhecimento da ilegitimidade *ad causam* ativa do Ministério Público, pretendendo, também a anulação da sentença, diante do julgamento *extra petita*, e da falta de interesse do Ministério Público ou caso assim não se entenda, a sua reforma, ao menos para redução das excessivas multas.

Às fls. 748/58, decisão da Terceira Vice Presidência, admitindo o recurso especial.

Contrariedade às fls. 760/9, do Ministério Público, no sentido que fosse rejeitado o agravo retido e mantida a sentença.

Segundo apelo às fls. 770/88, do Ministério Público, pretendendo a reforma parcial do julgado, para ser condenada a primeira apelante ao pagamento de indenização por danos morais e materiais coletivos.

Contrarrazões às fls. 790/804.

Parecer da Douta Procuradoria às fls. 808/22, no sentido.

Acórdão proferido pela Décima Quinta, da lavra da Des. Helda Lima Meireles, no agravo de instrumento antes interposto (fls. 824/41)) e nos embargos de declaração que a ele foram apresentados (fls. 842/6).

É o relatório.

Não pode ser acolhido o agravo retido, pois desnecessária a produção de prova pericial, uma vez que não nega a agravante a existência dos atrasos, restando, pois, apenas estabelecer as consequências que podem acarretar.

Quanto à legitimidade *ad causam* ativa do Ministério Público, tem-se que o acórdão proferido por esta câmara, da relatoria da Desembargadora Helda Lima Meireles, na ocasião do deferimento parcial da tutela antecipada, já a apreciou e acolheu.

O acórdão é claro, no sentido da legitimidade do Ministério Público para propositura da presente ação civil pública para proteção de direitos metaindividuais (artigos 129, III, da Constituição Federal e 1º, IV, da Lei nº 7.347/85), posto que o que se pleiteia na presente demanda é a tutela de direitos fundamentais, de natureza coletiva.

A matéria se encontra, portanto, no âmbito desta Câmara, coberta pelo manto da coisa julgada, sujeita, porém, à reapreciação pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, no recurso especial que pende de julgamento.

Por tais razões, não se conhece da questão prévia, desprovendo-se o agravo retido.

II

Convém determinar que a sentença pode ser (a) *extra petita*, se a decisão é proferida em desacordo com o pedido ou com a natureza da causa; (b) *citra petita*, quando não resolve inteiramente a lide, ou a faz contrariamente ao direito expresso, deixando-a sem solução; (c) *ultra petita*, quando atinge um fato que não foi objeto do pedido, concedendo mais do que o pretendido; (d) *ordine servato*, quando são atendidos todos os preceitos legais, e (e) *ordine non servato*, quando não foram observadas as disposições da lei.

Alega a primeira apelante que a sentença monocrática seria *extra petita*, uma vez que concedeu reparação de dano moral, sem observância do devido processo legal, ou mesmo apuração do fato, “no pertinente processo de habilitação”.

Tal alegação, contudo, não pode colher, eis que tal verba só será paga com a devida comprovação, pelo consumidor, na habilitação própria, demonstrando ter sofrido o agravo moral.

Assim, a sentença não é *extra petita*.

III

No mérito, cuida-se de responsabilidade por vício do serviço, na forma do artigo 18 da lei consumerista, tratando-se de responsabilidade civil objetiva, ou seja, independe da existência de culpa, bastando que se comprovem o dano, o defeito no produto ou serviço e, por fim, o nexo de causalidade.

A presente ação partiu de inquérito civil instaurado pelo Ministério Público (em apenso), visando obrigar a empresa primeira apelante a cumprir adequadamente os serviços previamente estipulados com os consumidores, diante do falho serviço prestado, o que lhes causa prejuízo.

No decorrer da ação, foram acostados outros documentos, comprovando inúmeras outras infrações, em prejuízo dos consumidores.

Por toda a documentação acostada, portanto, seja na inicial, seja posteriormente, demonstrado está que há centenas ou até milhares de reclamações contra a primeira apelante, que, reiteradamente, descumpre direitos dos consumidores, ao fornecer-lhes os produtos por eles adquiridos, seja não cumprindo os prazos de entrega, seja não trocando as mercadorias entregues com defeito, etc.

Aqui, como já dito, o Ministério Público atuou como legitimado extraordinário na defesa de direitos individuais de diversos consumidores, enquanto que a parte ré se enquadra no conceito de fornecedor, nos termos do artigo 3º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Logo, a partir do momento em que diversas pessoas se encontram na mesma situação jurídica, essa passa a produzir efeitos coletivos *lato sensu*, induzindo o ordenamento jurídico a tutelar o direito em questão.

A questão coletiva comum passa a se sobrepor às questões individuais, tornando-se indisponível. No caso presente, o direito dos consumidores lesados pela falha na entrega de mercadorias adquiridas - dado a grandeza de obrigações descumpridas - está revestido de relevância social, e decorre da mesma origem comum.

São inúmeros insatisfeitos com a mora e o inadimplemento contratual, com manifesto interesse de todos em ver tutelados, de forma conjunta, seus direitos individuais homogêneos. Em relação ao fato constitutivo do direito em questão, cabe assentar que o número de reclamações externadas por consumidores frustrados com o serviço oferecido se contrapõe à tese de defesa de que seriam fatos isolados, e que não guardam relação com a causa de pedir.

É irrefutável a prova da insatisfação dos consumidores e da conduta ilícita da fornecedora dos produtos, consoante os documentos acostados à exordial e inquérito civil em apenso.

Cabe ressaltar que a própria primeira apelante confessa o vício na prestação do serviço, ao asseverar que a insatisfação de um pequeno número de consumidores é de todo razoável, justamente pela natureza do negócio desempenhado pela B2W.

Assim, a conduta da primeira apelante viola o princípio da boa-fé objetiva, ante o flagrante desrespeito ao prazo de entrega assumido. A primeira apelante deveria, ao se inserir nas relações de consumo de varejo eletrônico, agir com mais cautela, a fim de resguardar o interesse do universo de consumidores que se utilizam do comércio eletrônico.

Também não deixa de ser abusiva sua conduta ao veicular informação publicitária não verdadeira, induzindo a erro o consumidor, eis que afronta diretamente os artigos 6º, III e IV, 37, § 1º, e 51, IV, todos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

A primeira apelante sustenta que a situação não deveria ser vista na ação civil pública e deveriam ser analisadas isoladamente.

Não lhe assiste razão. O que importa é que a situação que envolve os consumidores lesados é de origem comum, revelando autênticos interesses homogêneos, e, portanto, sujeita à ação coletiva *lato sensu*.

O que deve ser analisado casuisticamente é o dano.

A primeira apelante, no intuito de afastar sua responsabilidade, alega crise nos Correios e da falta de estrutura das empresas privadas de entrega postal, apontando, ainda, fortes chuvas ocorridas em São Paulo e que teriam atingido seu centro de distribuição de Barueri.

Tais fatos, contudo, ainda que restassem comprovados, não escusam a empresa do seu dever contratual, pois decorrem do risco do negócio e, assim, as conseqüências desses acontecimentos não poderiam ser imputadas aos consumidores.

O fortuito interno está abrangido pela teoria do risco da atividade adotada pela legislação do consumo, não podendo ser invocado como excludente da responsabilidade.

Ademais, as empresas que participam da produção e serviços ao consumidor, são objetiva e solidariamente responsáveis por questões decorrentes de tal atividade, a teor dos artigos 7º, parágrafo único, 14, 12, 18, 20 e 25, § 1º, todos Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Além disso, ao detectar esses problemas, deveria ter tomado a iniciativa de suspender as vendas, pois já sabia, de antemão, que não poderia efetivar as entregas nos prazos que continuou praticando.

Assim, em razão da natureza da relação jurídica, incumbia ao fornecedor do produto provar que não houve a falha na prestação dos serviços alegada, não tendo a primeira apelante apresentado argumento relevante capaz de afastar as alegações do órgão ministerial.

IV

Não pode permanecer, contudo, a condenação da apelante a abster-se de comercializar produtos através do *site* www.americanas.com, até que todas as entregas não procedidas dentro do prazo estipulado fossem cumpridas, sob pena de multa diária de R\$100.000,00.

Assim é porque impossível que, em um negócio que movimenta o volume de vendas noticiado nos autos, consiga o comerciante cumprir 100% das entregas no prazo. Isso deve ser examinado dentro da medida do possível.

Cada caso é um caso e deve ser examinado de per si, em liquidação do julgado.

V

Quanto aos danos morais coletivos, seu reconhecimento decorre de avanço do entendimento pretoriano e doutrinário, lembrando-se que, outrora, o dano extrapatrimonial sequer era reconhecido como indenizável. O avanço em questão se direciona à reparabilidade do dano moral em face de uma coletividade, que, apesar de ser ente despersonalizado, possui valores morais que merecem ser protegidos.

O dano moral coletivo só se torna reparável perante um direito transindividual (difuso ou coletivo), e não diante de um direito individual, ainda que homogêneo.

Aqui, no entanto, eles não são, efetivamente, devidos, eis que o dano é personalizado, posto ser perfeitamente atribuível a consumidores específicos e determinados.

Como foi posto na sentença apelada, “...Em se tratando de direito individual homogêneo, cada indivíduo tem direito próprio, que pode variar qualitativa e quantitativamente. Daí porque a sentença genérica limita-se a reconhecer a responsabilidade do fornecedor pelos danos causados, nos termos do art. 95 e seguintes do CDC”.

O que pretende o Ministério Público, em verdade, é a imposição de uma verba reparatória que teria, na verdade, a natureza de sanção pecuniária, e não de reparação, e aquela somente é devida em havendo expressa previsão legal.

VI

Quanto aos danos morais individuais, são eles devidos, na forma da legislação aplicável.

A ação civil pública tem como uma de suas finalidades a reparação por danos morais e materiais causados a quaisquer dos valores transindividuais de que cuida a Lei.

atu- A violação a direitos difusos não é, via de regra, patrimonial, mas sim moral, por

ar na esfera das convicções e impressões subjetivas de um número indeterminável de pessoas acerca dos fatos, bem como estas pessoas reagem a esses fatos, que deverão ser fixados em harmonia com os fatos concretos.

A sentença afastou a possibilidade de reconhecimento de dano moral coletivo frente a violação de direitos individuais homogêneos, mas, em se tratando de direito individual homogêneo, sustentou que cada indivíduo tem direito próprio, que pode variar qualitativa e quantitativamente, dando uma sentença genérica, somente limitando-se a reconhecer a responsabilidade do fornecedor pelos danos causados, nos termos do artigo 95 e seguintes da lei consumerista.

A responsabilidade está desde já reconhecida, cabendo a cada consumidor apenas provar o dano sofrido, para que seja, em cada caso, arbitrada a indenização devida.

VII

No tocante à multa fixada no *decisum*, não merece redução.

Ademais tal matéria também está sob o crivo do recurso especial.

O prazo não é pequeno, sendo bastante razoável para cumprimento, e, também, cabendo ressaltar que basta a apelante cumprir com suas obrigações, para que a multa não incida.

VIII

Também não há ofensa às Leis estaduais n^{os} 3.669/01 e 3.735/01.

As *astrientes* não estão sujeitas a limites próprios da multa administrativa, prevista na legislação estadual, eis que tem natureza de coerção, para compelir ao cumprimento do julgado.

Quanto à Lei n^o 3.735/01, apenas facultou ao fornecedor fixar por turnos os horários da entrega de produtos, o que não está em jogo.

O que a sentença determinou é que a primeira apelante cumpra o combinado com o consumidor, sob pena de ter de indenizar. Logo, não há violação à lei.

IX

A verba honorária também foi fixada corretamente, na forma do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, não merecendo qualquer reparo.

Por tais fundamentos, dá-se parcial provimento ao primeiro apelo e se desprovê o segundo.

Rio de Janeiro, 06 de novembro de 2012

Desembargador Sergio Lucio de Oliveira e Cruz
Presidente e Relator